

ANNOTATIES

Onder de zorg van prof.mr. W.H. van Boom, prof.mr. M.J. Borgers, prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. Ch. Gielen, prof.mr. T. Hartlief, prof.mr. G.J.J. Heerma van Voss, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. P.B. Hugenholtz, prof.mr. G.G.J. Knoops, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.dr. H.B. Krans, prof.mr. M.J. Kroeze, prof.mr.dr. S.D. Lindenbergh, prof.mr. A.J.M. Nuytinck, prof.mr. M.V. Polak, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.dr.mr. L.A.J. Senden, prof.mr. R. Uylenburg, prof.mr. R.D. Vriesendorp

Tweederangs Nederlanders?

Prof.mr. C.A.J.M. Kortmann

AA2007-16

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 21 november 2006, LJN: AZ3202, AB 2007, 80, m.nt. P.J. Stolk

De casus

Twee Nederlanders, wonend te Aruba, doen bij het College van B en W van Den Haag in 2004 een verzoek hen als kiezer te registreren voor de verkiezingen van het Europees Parlement. B en W weigeren dit op grond van artikel B1 jº artikel Y3 Kieswet, volgens welk zij niet kiesgerechtigd zijn. De Nederlanders stellen daartegen beroep in bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Deze stelt bij uitspraak van 13 juli 2004 een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap, dat uitspraak doet op 12 september 2006, AB 2006, 397, m.nt. FHvdB. De onderhavige uitspraak is het sluitstuk van deze procedure: de Afdeling doet de zaak nu ten gronde af, zij het dat er nog een staart aan zit.

De overwegingen

2.2. Bij wege van prejudiciële vraag heeft de Afdeling het Hof van Justitie allereerst de vraag voorgelegd of op personen die de nationaliteit van een lidstaat bezitten en die ingezetenen zijn van, dan wel woonachtig zijn in een land of gebied dat tot de landen en gebieden overzee (hierna: LGO), bedoeld in artikel 299, derde lid, EG, behoort en dat bijzondere betrekkingen onderhoudt met die lidstaat, het tweede deel van het Verdrag van toepassing is. Uit het door het Hof van Justitie op deze vraag gegeven antwoord blijkt dat appellanten, die de Nederlandse nationaliteit bezitten en derhalve burgers van de Unie zijn, zich kunnen beroepen op de in het tweede deel van het Verdrag aan de burgers van de Unie toegekende rechten.

2.3. Het Hof van Justitie heeft vervolgens op de prejudiciële vraag of artikel 19, tweede lid, EG, mede in het licht van de artikelen 189 en 190, eerste lid, EG, aldus dient te worden uitgelegd, dat daargelaten de in de nationale rechtsstelsels niet ongebruikelijke uitzonderingen in verband met onder meer ontzetting uit het kiesrecht in verband met strafrechtelijke veroordeling en handelingsonbekwaamheid, de hoedanigheid van burger van de Unie

zonder meer het actief en passief kiesrecht voor het Europees Parlement meebrengt, geantwoord:

40 [...] de vaststelling van wie het actief en passief kiesrecht heeft, [behoort] bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht tot de bevoegdheid van elke lidstaat, onder eerbiediging van het gemeenschapsrecht.

[...]

46 [...] de LGO [vormen] het onderwerp van de bijzondere associatieregeling omschreven in het vierde deel van het Verdrag (artikelen 182 EG tot en met 188 EG), zodat de algemene verdragsbepalingen zonder uitdrukkelijke verwijzing niet op de LGO van toepassing zijn [...].

47 Daaruit volgt dat de artikelen 189 EG en 190 EG niet van toepassing zijn op deze landen en gebieden en dat de lidstaten niet gehouden zijn om daar verkiezingen voor het Europees Parlement te organiseren.

48 Artikel 3 van het Eerste protocol bij het EVRM verzet zich niet tegen een dergelijke uitlegging. Aangezien de verdragsbepalingen niet voor de LGO gelden, kan het Europees Parlement immers niet worden aangemerkt als „wetgevende macht” voor de LGO in de zin van deze bepaling. De bevolking van de LGO kan daarentegen haar mening uiten binnen de organen die in het kader van de associatie tussen de Gemeenschap en de LGO zijn gecreëerd, middels de autoriteiten die deze bevolking vertegenwoordigen.

49 Hiertegen kan niet op goede gronden worden ingebracht dat het gemeenschapsrecht invloed uitoefent op het geldende recht op Aruba. Deze invloed kan immers voortvloeien uit de bepalingen van gemeenschapsrecht die in het kader van de associatie van toepassing zijn verklaard op de LGO.

[...]

54 [...] artikel 3 van het Eerste protocol bij het EVRM [verzet] zich er niet tegen dat de verdragsluitende staten het woonplaatscriterium gebruiken om af

te bakenen wie het actief en passief kiesrecht heeft. In een uitspraak over het kiesrecht heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in dit verband geoordeeld dat de verplichting om op het nationale grondgebied te wonen om te kunnen stemmen, een voorwaarde is die niet op zich onredelijk of willekeurig is en die haar rechtvaardiging vindt in verschillende redenen.

[...]

56 Verzoekers in het hoofdgeding en de Commissie betogen echter dat de Nederlandse kieswet het beginsel van gelijke behandeling schendt voor zover deze wet het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement wél toekent aan iedere Nederlander die in een derde land woont, maar niet aan de Nederlanders die ingezetenen zijn van de Nederlandse Antillen of van Aruba.

57 [...] het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, vereist dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld [...].

[...]

60 [...] de Nederlandse regering [heeft] niet genoegzaam [...] aangetoond dat het verschil in behandeling dat bestaat tussen de Nederlanders die in een derde land wonen en de Nederlanders die op de Nederlandse Antillen of Aruba wonen, objectief gerechtvaardigd is en derhalve geen schending van het beginsel van gelijke behandeling oplevert.

61 Gelet op het voorgaande, dient het antwoord op de derde vraag te luiden dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht weliswaar niets zich ertegen verzet dat de lidstaten, onder eerbiediging van het gemeenschapsrecht, de voorwaarden voor het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement omlijnen op basis van het criterium van het hebben van de woonplaats op het grondgebied waarop de verkiezingen worden georganiseerd, maar dat het beginsel van gelijke behandeling eraan in de weg staat dat de gekozen criteria meebrengen dat onderdanen die zich in vergelijkbare situaties bevinden, zonder objectieve rechtvaardiging ongelijk worden behandeld.

2.3.1. Het Hof van Justitie heeft overwogen dat niet genoegzaam is aangetoond dat het verschil in behandeling dat in artikel B1, gelezen in samenhang met Y3, van de Kieswet wordt gemaakt tussen de Nederlanders die in een derde land wonen en de Nederlanders die in de Nederlandse Antillen of op Aruba wonen, objectief gerechtvaardigd is. Het college heeft in zijn reactie op het arrest van het Hof van Justitie, noch ter zitting iets aangevoerd dat tot een ander oordeel aanleiding geeft. Derhalve moet worden geoordeeld dat in zoverre de bepalingen van de Kieswet voormeld onderscheid ten aanzien van de verkiezing voor de leden van het Europees Parlement maken, deze buiten toepassing moesten blijven. De daarop gebaseerde besluiten van 3 mei 2004, waarbij de verzoeken van appellanten om te worden geregistreerd als kiezer voor het Europees Parlement zijn afgewezen, zijn dan ook evenzeer

genomen op gronden die strijden met het communautaire gelijkheidsbeginsel en derhalve met het gemeenschapsrecht.

2.3.2. De besluiten komen derhalve in aanmerking om te worden vernietigd. Dit betekent dat het college opnieuw op de aanvragen om registratie zou moeten beslissen. In dit verband overweegt de Afdeling als volgt.

2.3.3. De strijdigheid van de wettelijke regeling met het communautaire gelijkheidsbeginsel kan worden opgeheven door personen met de Nederlandse nationaliteit die hun woonplaats hebben in de Nederlandse Antillen of op Aruba en niet ten minste tien jaar ingezetenen van Nederland zijn geweest alsnog het kiesrecht voor de verkiezing van de leden van het Europees Parlement toe te kennen. Dit is evenwel niet de enige mogelijkheid die zich aandient. Ook andere oplossingen zijn denkbaar, zoals die waarbij dat kiesrecht wordt voorbehouden aan degenen die in Nederland woonachtig zijn. De wijze waarop het in de wet neergelegde verschil kan worden weggenomen teneinde te bereiken dat personen als appellanten niet zonder in rechte houdbare grond ongunstiger worden behandeld dan evenbedoelde anderen vergt derhalve politieke keuzes die niet binnen de bestuurlijke taak van het college vallen. Dit beschikt bij de registratie van kiezers voor vertegenwoordigende lichamen immers niet over enige beoordelingsruimte. Evenzeer gaat het thans de rechtsvormende taak van de rechter te buiten; deze keuzes behoren in beginsel door de wetgever te worden gemaakt. Daarbij gaat de Afdeling er echter wel van uit dat de wetgever dat dusdanig tijdig zal doen dat voormelde strijdigheid voor de volgende verkiezing van de leden van het Europees Parlement is weggenomen.

2.3.4. Uit het vorenoverwogene volgt dat het opnieuw afwijzen van de verzoeken in strijd is met het gemeenschapsrecht, maar toewijzing ervan de bevoegdheid van het college te buiten gaat. Gelet hierop en nu bovendien, naar hierna zal worden overwogen, registratie alsnog niet tot de daarmee door appellanten beoogde deelneming aan de verkiezing van de leden van het Europees Parlement gedurende de huidige zittingsperiode zal kunnen leiden, zal de Afdeling bepalen dat het college in onderhavige zaken niet in dier voege opnieuw in de zaak behoeft te voorzien dat op de aanvragen van appellanten van 31 maart 2004 wederom moet worden beslist.

2.3.5. Nu naar aanleiding van de door het Hof van Justitie gegeven antwoorden is komen vast te staan dat appellanten op gronden die strijden met het gemeenschapsrecht de deelname aan de verkiezing van de leden van het Europees Parlement in 2004 is onthouden, dient hun op enigerlei wijze rechtsherstel te worden geboden. In zoverre dient het college wel opnieuw in de zaak te voorzien. Daarom trekt de Afdeling als volgt.

2.3.6. Het Hof van Justitie heeft in antwoord op de door de Afdeling in het kader van rechtsherstel gestelde prejudiciële vraag overwogen dat:

71 [...] het [staat] aan de rechtsorde van elke lidstaat [...] om de rechtsmiddelen vast te stellen voor het rechtsherstel voor een persoon die ingevolge een met

het gemeenschapsrecht strijdige nationale bepaling niet als kiesgerechtigde was geregistreerd met het oog op de verkiezing van de leden van het Europees Parlement van 10 juni 2004 en daardoor dus was uitgesloten van deelname aan deze verkiezingen. Deze middelen, die een vergoeding kunnen omvatten van de schade die is veroorzaakt door de aan de staat toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht, moeten de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid eerbiedigen.

[...]

68 [...] Om te beoordelen welk rechtsherstel passend is, is het nuttig dat de nationale rechter kijkt naar de wijze waarop het rechtsherstel is geregeld in geval van schending van de nationale regels in het kader van verkiezingen voor organen van de lidstaat.

2.3.7. Voorop gesteld moet worden dat rechtsherstel in de Nederlandse rechtsorde niet kan inhouden dat uitsluiting van deelname aan de verkiezingen van het Europees Parlement van 10 juni 2004 met terugwerkende kracht ongedaan wordt gemaakt dan wel tot een hernieuwde stemopneming wordt besloten. De Kieswet, noch enige andere wettelijke regeling biedt daarvoor grondslag. Dit zou niet anders zijn, indien de bestreden besluiten zouden zijn genomen ter zake van, bijvoorbeeld, de verkiezing van de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. De door appellanten geopperde mogelijkheid betrokken te worden bij de gang van zaken binnen het Europees Parlement door middel van een - door de Staat der Nederlanden aan te stellen - vertegenwoordiger van appellanten die optreedt als adviseur van de Nederlandse regering en Nederlandse leden van het Europees Parlement is een vorm van rechtsherstel die niet in evenredige verhouding staat tot het ten onrechte afwijzen van deze twee verzoeken om als kiesgerechtigde te worden geregistreerd. Het college behoort met inachtneming van de voormelde overwegingen van het Hof van Justitie verder te bezien op welke andere wijze aan appellanten rechtsherstel kan worden geboden.

2.4. Het college dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld. Daarbij worden de beide zaken als samenhangend, als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van het Besluit proceskosten bestuursrecht, aangemerkt.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart de beroepen gegrond;

II. vernietigt de besluiten van het college van burgemeester en wethouders van Den Haag van 3 mei 2004;

III. bepaalt dat het college van burgemeester en wethouders van Den Haag geen nieuwe beslissing op de aanvragen van 31 maart 2004 hoeft te nemen en kan volstaan met het nemen van een beslissing inzake rechtsherstel;

IV. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Den Haag tot vergoeding van bij appellanten in

verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.584,00 (zegge: vijftienghonderdvierentachtig), waarvan een gedeelte groot € 2.254,00 (zegge: tweeëntwintighonderdvierenvijftig) is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand; het dient door de gemeente Den Haag aan appellanten onder vermelding van het zaaknummer te worden betaald;

V. gelast dat de gemeente Den Haag aan appellanten het door hen voor de behandeling van de beroepen betaalde griffierecht ten bedrage van € 136,00 (zegge: honderdzesendertig euro) voor appellant sub 1 en € 136,00 (zegge: honderdzesendertig euro) voor appellant sub 2 vergoedt.

NOOT

Deze uitspraak bevat vele aspecten van constitutionele aard. Hieronder komen aan de orde: 1) kiesrecht en nationaliteit; 2) nationaal recht, gemeenschapsrecht en het EVRM; 3) de rechtsvormende taak van de rechter; 4) rechtsherstel.

1 Kiesrecht en nationaliteit

De laatste jaren is er op gezette tijden weer veel lawaai, al dan niet politiek van aard, omtrent de nationaliteit. De kwestie speelt op diverse terreinen. We hadden de tot droefheid stemmende kwestie Hirsi Ali, waarin het ging om verlies van het Nederlanderschap, er is kabaal rond twee bewindslieden met een dubbele nationaliteit, diverse politici achten de nationaliteit mede bepalend voor loyaliteit enz. Veelal lijkt vergeten te worden dat er tot voor kort zowel nationaal als internationaal diverse maatregelen zijn genomen om het bezit van een meervoudige nationaliteit te vergemakkelijken en om, bij voorbeeld, de benoembaarheid in openbare dienst van alleen Nederlanders tot het strikt noodzakelijke te beperken. Voorts is het reeds ruim tien jaar mogelijk om als ingezetene niet-Nederlander te kiezen voor de gemeenteraden en daarin gekozen te worden (art. B3 Kieswet). De Nederlandse nationaliteit speelt in het kiesrecht echter nog steeds een rol. Om te kiezen voor en gekozen te worden in de provinciale staten, de Eerste en Tweede Kamer moet men Nederlander zijn. Hetzelfde geldt voor de 'Nederlandse zetels' van het Europees Parlement.

Hier blijkt echter dat er twee soorten Nederlanders zijn: de 'Nederlandse' Nederlanders enerzijds en de 'Antilliaanse en Arubaanse' Nederlanders anderzijds. De laatstgenoemden hebben ingevolge artikel B1 jº artikel Y3 Kieswet in principe geen kiesrecht voor de verkiezingen van het Europees Parlement (en ook niet voor de Tweede Kamer). De vraag is of de uitzondering van deze Nederlanders rechtens geoorloofd is.

2 *Nationaal recht, gemeenschapsrecht en het EVRM*
De conformiteit van de onder 1 beschreven kieswettelijke regeling met het gemeenschapsrecht en het EVRM komt aan de orde in overweging 2.3 van de Afdeling. Deze bevat de (ingekorte) overwegingen van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap van zijn uitspraak van 12 september 2006. De overwegingen van het Hof zijn alleen al interessant, omdat het Hof niet alleen toetst aan het EG-verdrag, maar ook aan artikel 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM (waarbij de EG geen partij is) en aan het gelijkheidsbeginsel. Extra interessant is dat de toetsing aan het geschreven recht (het EG-verdrag en het Eerste Protocol) niet voert tot een 'veroordeling' van de regeling van de Kieswet, maar wel de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, dat 'deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht'. De schending van het beginsel bestaat volgens het Hof hierin dat de rechtvaardiging van het verschil in behandeling van Nederlanders die in een derde land wonen en Nederlanders die op de Antillen of Aruba wonen niet genoegzaam is aangetoond. Kennelijk legt het Hof het gelijkheidsbeginsel anders uit dan de Nederlandse wetgever deed. Wij zien hier voor de zoveelste keer dat dit beginsel zich voor velerlei uitleg leent en dat onderscheiden instellingen er een andere inhoud aan (kunnen) geven. Hierbij zij aangetekend dat het standpunt van het Hof, toegepast op de verkiezingen voor de Tweede Kamer, waarschijnlijk óók noopt tot wijziging van de Kieswet.

3 *De rechtsvormende taak van de rechter*

Vooral in het kader van toetsing van nationaal recht aan gemeenschapsrecht en klassiek verdragsrecht komt het nogal eens voor dat de rechter concludeert tot strijd met dat recht, maar dat de rechter tegelijkertijd besluit het internationale recht niet zo toe te passen dat hij een oplossing geeft voor het concrete geschil. In de onderhavige casus zien wij dit ook weer. De Afdeling is van oordeel dat noch het college van B en W, noch de Afdeling zelf mogen kiezen voor de oplossing, inhoudende 'alsnog het kiesrecht voor het Europees parlement toe te kennen'. Dit gaat volgens de Afdeling zowel de bestuurlijke taak van het college als de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. Men kan het hiermee eens of oneens zijn. Maar kennelijk liggen ook de grenzen van de rechtsvormende taak niet vast. Immers, de Afdeling merkt op er van uit te gaan dat de wetgever tijdig optreedt. Wat de Afdeling zal doen als dit niet geschiedt, staat niet vast, maar aannemelijk is dat zij dan wel zelf een oplos-

sing geeft. Anders gezegd: stilzitten van de wetgever kan de 'rechtsvormende taak' van de rechter uitbreiden of, zo men wil, in werking stellen. Ik ben overigens geneigd hier niet van rechtsvorming te spreken, maar van meer of minder ruime toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Hoe dan ook, als hij wil, kan de rechter kennelijk wel zelf een oplossing bieden. In het onderhavige geval zou hij naar mijn oordeel zonder veel problemen hebben kunnen besluiten tot gelijkstelling van 'Antilliaanse en Arubaanse Nederlanders' met 'andere buiten Nederland wonende Nederlanders'.

4 *Het rechtsherstel*

De Afdeling draagt het college van B en W op een beslissing te nemen inzake rechtsherstel, dit waarschijnlijk op grond van artikel 8:72, vierde lid, Awb. Deze figuur ben ik in de jurisprudentie van de Afdeling nog niet tegengekomen, maar wellicht heb ik als niet-Awbfreak een enkele uitspraak over het hoofd gezien. Hoewel het Hof van Justitie voor dat rechtsherstel in zijn overwegingen enige aanduidingen geeft, werkt de Afdeling deze niet verder uit, maar endosseert de kwestie geheel aan B en W. De vraag rijst waaruit eventueel rechtsherstel zou kunnen of moeten bestaan. Inschrijving als kiezer kan volgens de Afdeling niet, en heeft bovendien geen zin meer, materiële schade is waarschijnlijk niet aanwezig of aan te tonen. Misschien is dat wel het geval met psychische schade. Appellanten zouden geestelijk kunnen lijden onder hun 'tweederangs Nederlanderschap'. Wellicht het meest elegante is als B en W de appellanten ter genoegdoening een geheel verzorgde reis naar Straatsburg aanbieden.

Overigens rijzen er weer nieuwe problemen, als B en W niet of onvoldoende aan de opdracht van de Afdeling voldoen. Dan begint het gehele rechtsbeschermingscircuit weer opnieuw.

Een voor B en W en de gemeente beroerd aspect van het rechtsherstel is dat de schuld van de strijd met het gemeenschapsrecht niet ligt bij het college of de gemeente, maar bij de wetgever (de staat). B en W pasten de Kieswet immers keurig toe, maar de Kieswet zelf doorstaat de toetsing aan het gemeenschapsrecht niet. Het zou dus eigenlijk de staat moeten zijn, die zorgdraagt voor rechtsherstel. Als B en W daarvoor nu (moeten) zorgdragen, is er alle reden voor de gemeente regres te zoeken bij de staat, ook voor de proces- en griffiekosten trouwens.

De uitspraak is geannoteerd door P.J. Stolk, in *AB* 2007, 80. Zie ook de noot van FHvdB in *AB* 2006, 397.✱